

# 偽造小切手と銀行の免責約款

志 津 田 氏 治

## 一 問 題 の 所 在

不特定多数の相手方と取引する銀行にありては、取引の安全、迅速化のために詳細なる取引約款の制定が必要である。そこで当座勘定約定書を始めとして預金通帳、証書などに「規程」「規約」などの不動文字をもって印刷された取引条項が設定せられ、それにもとづいて機械的一律に取引が決済されている（たとえば預金通帳の受領により預金者はその規程によって定められた条項に従うべきことが印刷されてある）。しかも、これらの取引約款は、銀行取引の多様性に応じて諸種の態様の<sup>(1)</sup>ものを生み出しているが、今日のように銀行取引法が未だ完備せず、その大部分を民法、商慣習、判例にたよらざるを得ない段階にありては、一層約款の必要性が痛感される。約款のなかでも最もめを惹くのは、銀行企業維持の視野から、ある一定の事由がある場合には、銀行の責任を免除（軽減も含む）する免責約款が重要な作用を営んでいることである。ことに預金取引の面で、振出人と支払銀行との契約条項の一つに「印章を盗用せられ、また小切手を偽造変造せられたるによる損害は振出人の負担とする」旨の約款が設定せられていることがその適例である。そこで、まず本稿では、預金取引の分野で屢々問題となっている偽造小切手の支払に関する免責約款を取上げて吟味し、<sup>(2)</sup>責任所在の基礎づけについての解釈上の一指針を提供してみたい。

(註①) まず銀行約款の問題を取上げたものとして米谷隆三教授の「約款法の理論」を注目すべきである。そこで教授は「銀行約款は後進約款であるために国によりその発達の程度も異なる。わが国の銀行は、約款らしいものがない英米に範を採ったもので、その約款は独逸の如く発達していい。殊に銀行取引の法制も完備せず多く民法判例の処理にまづ外ない。されば約款法の活躍を期待しなければならぬのである」(六四頁引用傍点筆者)と指摘されている。田中誠二博士「商行為法」二五七頁以下参照。銀行約款は多様であるが、預金取引の面では預金通帳の譲渡質入禁止約款、貸付取引の面では割引手形の買戻約款、期限の利益喪失約款が、為替取引の面では電報送達紙持参人に対する電信送金支払の免責約款、代金取立約款などがあげられる。詳細は安武正敏「銀行取引の法律実務」七頁、高橋勝好「銀行取引の法律問題」二二頁以下、寿田秀雄「預金」(銀行実務講座三卷)一六頁以下

(註②) 従来この問題は、手形法乃至は小切手法のみから集中的に考察されてきた観がある。論文(竹田省「偽造小切手支払の被害者」法律文化一卷一・二号、小町谷操三「偽造小切手の支払と損害の負担者」志林三九卷六号、伊沢孝平「偽造小切手」企業会計六卷三号、小橋一郎「偽造小切手の支払」ジュリスト一七六号)を始め各手形法教科書では、殆んど洩れなく、この立場から考察している。(田中誠二「手形法小切手法」一七五頁、鈴木竹雄「手形法小切手法」三六四頁伊沢孝平「手形法小切手法」四六〇頁・五六二頁)しかし、偽造小切手の支払に関する免責約款そのものを吟味したものはすくなく、大橋光雄教授の「小切手法」一三四頁、高田源清教授の「証券法概論」(上)二六二頁以下に約款有効性の限界(特約による免責の効力)を指摘されている点ではめを惹くものがある。

本論に入る前に、これから問題とする銀行約款の法的性質を若干検討してみたい。約款の性格について最近では実務家の側から、これらの約款が附合契約の内容をなす約款であるかどうか疑問が提起されている。それによれば「預金取引の本質並びに「普通預金規定」なる文言に徴して、それは普通保険約款に見られるような附合契約の内容をなすものではなく、取引に関する注意規定乃至覚書の程度の意味を有するに過ぎないと思うべきであろう」(吉田昂、高橋

勝好共著「金融法務相談」六頁引用」と理解されていることである。果して銀行取引に関する約款は、注意規定ないしは覺書程度の意味しかもたないものであろうか。もしも、そのように解釈すれば預金者を強制する効力は疑問とならざるをえない。およそ約款である以上は、その多くが一方的単独的に形成されるものであり、(但し企業者の団体と顧客との両者による共同設定の約款あるいは独立の國際的または國家機關が公平な第三者の立場で設定する約款もある)その普及範圍が非常に広いことを特色とするものである。米谷教授が指摘されているように「企業の維持發展、多数契約及び合理化の企図」という三点を、約款は指標とするものにほかならない。

されば銀行取引の預金約款の場合にも、この面を考慮しなければならない。すなわち預金約款は、銀行と預金者との自由意思によって成立したものではなく、銀行が一方的単独に形成するものであり、預金者は取引上の自由意思をその約款に反映させることができず、せいぜい約款をそのまま受入れて取引するか、それとも取引しないかの自由が残されているにすぎない。しかも、これらの約款は、預金取引の簡易化と確実化に役立ち、銀行と預金者との無用の紛争を回避することができ、銀行企業の維持に重要な役割を演じている。このようにみてくれば、預金取引の具体的な内容は、預金約款にて規整されているのであり、他の企業約款と同様に附合契約の内容を構成する約款としての性格をもつものということができる。(1)

(註①) わが国の銀行取引約款は、当座預金勘定規程、手形割引約定書、荷為替手形約定書、当座勘定借越約定書等の名目のもとに定型化されているが、約定書ないしは規程という形式的文言のみから、その約款性を否定することはできない。米谷教授は「約款の製定は契約書として記載されることが普通である。尤も、それは心ずしも約款・約条等の文字を用いないで、注意事項・規定その他の用語を以てするものも少なくはない。なお、別個に約定・規則・規程等の名のもとに製定の基礎をもつものから分離して存在し、それらに当該約款に抛る旨の一条項を以て約款を援用する形式をとることもある」(「約款法の理

論」八八頁・八九頁引用）と指摘されている。また運送約款なり保険約款が監督官庁の認可を受けることを要件としているために、銀行の約定書の約款性を否定する考え方がある（道路運送法一二条・海上運送法九条、航空法一〇四条・保険業法一条）。しかし、これは行政監督上の問題であつて、約款性の効力とは関係がないと考える。尤も銀行法等特例法（昭二〇法二号）によれば「勅令ヲ以テ定ムル金融機關ハ預金契約其ノ他ノ多數人ヲ相手方トスル定型的契約ニ付約款の変更ヲ為サントスルトキハ政府ノ認可ヲ受ケ当該変更ニ異議アル相手方ハ一定ノ期間内ニ之ヲ述ブべき旨ヲ公告スルコトヲ得」（二条）と明示して約款変更についての政府の要認可事項としている。むしろ立法論としては、約款の変更だけではなく、その作成をも要認可事項となすべきではなかったかと思われる。

## 二 損失負担に関する学説の素描

甲は乙銀行と当座預金契約を締結している。その間に甲を振出人、乙銀行を支払人とする小切手を乙銀行が支払ったが、実のところ右の小切手は甲の振出署名を偽造した、いわゆる偽造小切手であつた。この場合に支払銀行はもとより偽造者の責任を問うことができるのであるが、たゞその偽造者が行方不明であるか、あるいはたとえ見付かつても偽造者が無資力である場合には、何人が負担すべきであらうか。すなわち偽造小切手支払の損失負担は支払人であるか、それとも被偽造者である振出人であるかが實際上問題となる。このような問題は、手形におけるよりも小切手に関して最も頻繁な現象としてみられるところである（たとえば過去においても、訴外AⅡ原告の雇人Ⅱは原告Xの印章並に小切用紙を濫用して、原告振出名義、被告Y、銀行宛の小切手を偽造し、被告銀行から騙取している。ところが当座残高の符合しない点から右Aが騙取したことが判明し、原告が被告銀行に対して、損害賠償を請求した事件が多い。東京控判大一五・一一・一二新聞二六五四号一二頁評論一六卷商二八〇頁）。

(註①)「原告(被控訴人)Xが昭和二十五年五月頃から被告(被控訴人)Y銀行と当座預金契約を結んで右契約にもとづく取引を継続していた間にXを振出人、Y銀行を支払人、訴外Aを受取人として振出日一九五〇年八月十三日、支払地東京、(一)金額四十三万二千円(小切手番号十五号)(二)金額六十万円(小切手番号十七号)と定めた二通の小切手が、Xの署名を偽造して振出されたものであることが確認される。Y銀行は昭和二十五年九月Xとの当座預金契約をXの同意をえて解約し、残額をXに返換したが、前記二通の小切手によって支払った金額は、すでに支払ったものとしてXの返換請求に応じなかった。よってXはY銀行が右偽造小切手二通によって支払った金額はXの委託によらないで支払われたものであるとして右金額についても当座預金契約にもとづく預金として支払を求めたのが本訴である」(東京高判昭三〇・九・二〇高等民集八巻七号四七九頁)。なお最近のケースとしては、昭和二十五年四月十一日の東京地裁の判決(下級民集一卷四号五三六頁)がある(本件については山本桂一助教授の判例批評がある。商事判例研究昭二十五・三三頁以下参照)。

しかし、わが国の手形法なり小切手法には、これを解決するための明文をおいていない。そこで通常銀行取引においては、銀行側で取引約定書または当座勘定約定書などで、予め取引先をして署名印鑑の届出をさせ、その印影と照合して相違がないと認めて支払をなしたときは、偽造、変造、印章盗用などの事故の場合でも、銀行はこれによって生じた責任を負わない旨を明示している。このことは預金通帳の場合も同様である(銀行は免責条項として通常預金約款に「この預金の払戻請求書または諸届出書に御使用の印影をかねてお届出の印鑑と照合し、相違ないと認めてお取扱ひ致しました以上は印章の盗用、偽造その他のような事故がありましても当行は一切その責を負いません」)。では、まずこの約款を吟味するにあたり、偽造小切手支払の損失負担に関する従来の学説を素描してみたい。

これに関しては、二つの対蹠の見解がある。一つは支払人責任論である。その代表的なのが松本丞治博士の見解である。博士は支払人が所持人の形式的資格のみを調査して支払えば責を免れるというのは、その手形が真正なことを前提としているのであるから、支払人がたとえ、悪意または過失なくして支払をなしても、それにより振出人に対し

て特約がない限り補償請求ができない。従つてその損失は振出人である被偽造者の負担ではないとされるのである（「手形法」三四五頁参照）。さらにまた大橋光雄教授も「支払人が小切手の支払を振出人の計算に帰しうるためには、その小切手が真に振出人の振出にかかるものでなくてはならぬ。偽造小切手の支払は、全然振出人の計算に帰し得ず……結局支払人自らが損失を負担するの外の。蓋し振出人は自己の振出にかかる小切手の支払を委託したものであり支払人が支払を振出人の計算に帰しうるのは実にこのことを前提としているからである」（「小切手法」一三二頁乃至一三二頁引用とされるのである。この両学説は、ともに小切手が偽造のものではなく、真正のものであることを重視するものであり、通常の免責は手形が真正であることを前提として理論構成されるのである。そのほかに支払人責任論の立場にたつものとして田中誠二博士の見解がある。博士によれば「被偽造者は単に小切手を偽造されたというだけでは、何等小切手債務を負担することを表示したとことと関連はないのであって、禁反言の原則はこの場合に適用を認めるべきではないのであり、一般的には支払人が責任を負担するとする松本説を正当とする。」（「商法の論点」手形法小切手法二九九頁以下引用）とされている。この見解は、あくまでも手形偽造の法律關係により説明せんとするものにほかならない。

- (註①) 各国法にも殆ど規定がなく、わずかにオーストリア小切手法（一九〇六）二〇条四号が「偽造変造小切手の支払により生ずる損害は、その偽造または変造に関し、振出人に過失があり、またはその偽造変造が小切手の取扱ひに際し使用した従業員により行われた場合に限り振出人がこれを負担しその他の場合には支払人がこれを負担する。これと異なる合意は法律上の効力を有しない。」と定めている。この立法例は、支払人責任論に有力な理論的根拠を提供するものであるがその後の統一小切手法はこの点に触れていない。なお統一法會議においても、支払人責任論の理由づけとして、つぎの諸点を考慮している。
- (1) 小切手の真偽は支払（銀行）のみが調査をなすことができること、
  - (2) 小切手業務に伴う危険は、資力のある銀行が負担す

るのが公平であること、(3)振出人に過失がなく銀行が充分の注意力を使用したにもかかわらず、損害が発生すればそれは災害であり、その災害は支払人が負担すべきこと等をあげている。詳細は竹田省博士「偽造小切手支払の被害者」(商法の理論と解釈所収) 七五六頁参照。

ところが最近の銀行取引によれば、銀行は小切手契約締結のさいに、預金者に小切手帳を交付すると同時に、預金者からその署名と印鑑とを届出させているが、これはその小切手用紙を用い、かつその署名と印鑑とによって小切手を作成させ、それを調査して支払をなす方法をとることにより、実務的に偽造小切手に対処しようとしている(当座勘定約定書によれば「当座勘定のお引出しには当行所定の小切手用紙を御使用下さい」と規定し、また「当座勘定取引に御使用の印鑑は当行所定の用紙を用い、あらかじめ当店にお届け下さい」と明示するのが通例である。詳細は「銀行取引セミナー」ジュリスト一八七号参照)。そこで、このような実務的な面を考慮して鈴木教授は「従って銀行は……このような小切手に支払えば、それが小切手用紙や印鑑を盗み出して作った偽造のものであっても、有効な支払をしたのと同様に取扱われるべきである」(「手形法小切手法」三六五頁引用)とされて、振出人責任論を基礎づけられるのである。そのほかに振出人責任論を肯定するものに田中耕太郎博士の見解がある。博士は民法理論に基礎をおき、債権の準占有者に対してなした弁済の効力に関する規定(民四七八)と、このような危険を免れさせることのできる最も容易な者が損害を負担すべしという危険負担の法理にその根拠を求めておられる(「手形法小切手法概論四四六頁参照)。つづいて伊沢教授も禁反言(estoppel)の法理を用い、振出人に帰責原因があるときは、被偽造者である振出人が責任を負担すると解されるのである(「手形法小切手法」四六六頁。このように、それぞれ鈴木教授は銀行取引の実務的方面に着眼し、田中耕太郎博士は民法の理論に、伊沢教授は禁反言の法理に基礎をおきながら、振出人責任論を主張されるのである。

(註①) 青木徹二博士も、振出人には取引觀念上過失と認定される場合が多いので、条理上振出人の損失負担を肯定されている。

吉永栄助教授も、被偽造者には何か手落があると見られる場合が多いこと（たとえば小切手に押す印章の保管を怠ったために、偽造の機会を提供したようなとき）、危険負担からいっても被偽造者において偽造を防止できる地位にあること、支払人を保護することは、民法の債権の準占有者に対する支払の趣旨にも合うところから、振出人責任論に賛成されている。青木徹二「手形法論」六四九頁以下、吉永栄助「手形小切手法講話」一八八頁参照。なお統一法会議では、支払銀行の負担とすれば、小切手取引の円滑を阻害する虞れがないかという点を指摘している。

以上の学説が示めすように、責任帰属の決定は非常に困難かつ複雑な問題である。従って、この問題を捉えるにあたっては、小切手法自体の純理論的な方面と銀行取引の經濟需要的方面から吟味することにしたい。まず前者の純理論的な小切手偽造の法律關係のみに着眼して考察すると、田中誠二博士が既に指摘されているように、自己の名義を偽わられた被偽造者は、その氏名がたとえ手形面に顕現されても、その意思にもとづかないために何等の責任を負うものではない（たとえ善意無過失の手形取得者といえども、手形債務負担の意思なき者に対しては權利を主張することができない）。尤も振出人が支払人に対して、自己の印章および銀行より交付された小切手帳を保管し、とくに偽造変造を防止すべき手段を尽す義務を負っているにもかかわらず、振出人がこの義務を怠り、偽造変造の機会をあたえたときは、振出人は当然自己の過失について責任を負わなければならない。実際上も小切手の偽造は銀行より取引先である振出人に予め交付しておいた、小切手用紙の濫用によるものが最も多いといわれている。この点伊沢教授は「小切手用紙を冒用せらるると云うことは、取引先が銀行に対して負担する小切手用紙保管義務の違反である。この違反に基いて小切手の偽造が行われ、従って又偽造小切手の支払が生じたのであるから、この損害は正に取引先たる預金者の義務違反と相当因果關係を有するかかる事実が認定せられる以上は、預金者たるの表見小切手振出人は、その小切手の偽造なることを主張することを禁反言せられることは極めて明かである」（「表示行為の公信力」一五八頁引用）とされてい



る。さらに、コンラードによれば表見的振出人の過失と推定される場合をつぎのように指摘している (Conrad v. Handbuch des deutschen Scheckrechts, S. 245)。

(一) 小切手の取扱をなす使用人が偽造したるとき

(二) 小切手用紙 (Scheckformular) の取扱について、振出人の注意懈怠のために、その用紙が第三者の手に渡り偽造されるに至りたるとき

(三) 振出人が相当の注意をなしたるにも、かかわらず小切手帳または小切手を喪失したる場合に、遅滞なくその旨を銀行に通知することを怠りたるとき

このように振出人に何等かの過失の推定が可能である限り、伊沢教授の禁反言の理論は重要な意味をもつことになる。たゞ問題なのは振出人に過失原因の認められないときにも、禁反言をもって解決できるかということであろう。<sup>(1)</sup>

(註(1)) イギリスの手形法 (Bills of Exchange Act, 1882) の、六〇条によれば「銀行宛振出された指図式一覽手形を、支払銀行が善意かつ通常の営業過程において支払をなしたるときは、銀行は受取人またはその後者の裏書が、裏書人本人あるいはその代理人のなしたるものであることを証明する義務がなく、またたとい、このような裏書が偽造されたもの、または無権限者によりなされたるときといえども銀行は正当なる支払をなしたるものと看做す」(When a bill payable to order on demand is drawn on a banker, and the banker on whom it is drawn pays the bill in good faith and in the ordinary course of business, it is not incumbent on the banker to show that the indorsement of the payee or any subsequent indorsement was made by or under the authority of the person whose indorsement it purports to be, and the banker is deemed to have paid the bill in due course, although such indorsement has been forged or made without authority.) と定め、支払銀行を保護している。ところが、この規定は、小切手と銀行の免責約款

切手振出人の署名偽造には適用がないものとされている（大野義昌著「英国手形法要論」二七〇頁参照）そこで偽造小切手支払による損失負担者の決定については、禁反言の法理をもって解決している例がある。Greenwood v. Martins Bank, Ltd., [1932] 1 K.B. 371 (L.R.), [1933] A.C. 51 この判決では、振出人において小切手用紙の保管に過失がなく、また偽造行為のおこなわれることについても責任がない場合においても、偽造小切手発行の事実を覚知したならば、銀行に通知すべきであるが、この通知懈怠は、小切手偽造の事実を主張できなくなるとす。Maurice Megrah, Byles on Bills of Exchange, 1935, p. 302.

そこで、本来的な小切手偽造の理論よりみてみると振出人に過失なき限り、被偽造者である振出人は責任を負わないものと解釈すべきである。

ところが實際上偽造の判定は、なかなか困難であり、ある場合においては殆ど判定不能のことも考えられる（小切手の偽造には、署名判ならびに印鑑などは真実であるが、これを押捺して作成する者がその権限をもたない、いわば実質的偽造の場合と、作成者にして、その権限なきは勿論署名判ならびに印鑑がともにあるいは、その一つが偽造である外形的偽造の場合とがあるが、前者の場合の偽造は客観的に真実のものであって、到底その真偽の鑑別ができない。平井信也「銀行取引の法律的準拠」一〇七頁。）そのうえ判例でも屢々指摘されているように、銀行取引における小切手の支払は、短時間に数多くなされている取引の実情と、これを迅速にしなければならない取引の要請を考慮すれば、原則的に支払人が責任を負担するということになる。取引銀行の営業は阻害されざるをえない。そのような意味からも、支払人である銀行の立場を充分考えなければならぬ。振出人責任論の根拠もここにある。そこで、まずかかる取引の困難性をうまく解決するものとして、振出人責任論の商慣習が生まれ、あるいはそれを、より明確化する銀行約款の作成となったのである。従って振出人責任論の基礎づけは、純理論的な面を離れて、実に銀行取引の経済的要請いわば商慣習乃至は約款に発見しなければならぬ。

らない。それだけに振出人の利益を犠牲にする、かかる商慣習なり約款の解釈運用に際しては、支払銀行の経済的地位の濫用にならないように留意すべきであろう。

### 三 振出人責任論と商慣習の形成

小切手理論のうえで何等の責任を負担しない筈の小切手の被偽造者（振出人）が、銀行に対する関係ではその責任を負担するという取引慣行は、次第に商慣習化しつつあることをみのがすことができない。まず振出人責任論を商慣習的に基礎づけた先駆的判例として、大正四年七月四日の東京地裁の判決がある。それによれば、取引銀行の用紙印章等を偽造した小切手または送金手形について、支払銀行が相当の注意をなすも、これを覚知することができないで支払をなしたときは、その損失は特約の有無にかかわらず振出人の負担とすることは銀行業者一般の商慣習であること<sup>(1)</sup>を確認している（東京地判大二・七・四新聞八八〇号二四頁）。しかも判例によれば、「為替約定書（損失は振出名義銀行の負担とする旨のもの）ノ如キハ銀行業者一般ニ取扱ハレ居ル文面ニシテ該文面ナクトモ余程以前ヨリ慣習トシテ行ハレタル事実」を指摘している（東京地判大二・七・四新聞八八〇号二四頁）。

（註<sup>(1)</sup>） 同趣旨の判例に「為替取引ヲナセル銀行業者間ニ於テ予メ取替置ケル手形用紙見本並ニ印鑑ニ照ラシ印影用紙ノ同一ナルカ為メ偽造ノ手形タルコトヲ覚知シ得スシテ支払ヒタル場合ニハ其損失ハ振出名義銀行ノ負担タルヘキ慣習即チ振出名義銀行ノ債務トシテ計算ラ遂クヘキ慣習存在セリトノ趣旨ナリト認ムルニ十分ナリ然ラハ本訴当事者間ニ於テハ本件偽造小切手ノ支払ニ関スル損失ハ前記商慣習ニヨリ控訴銀行ニ負担ニ帰シタルモノト認メサルヘカラス」（東京控判大四・六・二二新聞一〇四二五二八・評論四卷商二三二）「銀行カ偽造ニ係ル会社取締役振出名義ノ小切手ニ対シ支払ヲ為シタルトキト雖モ其ノ小切手用紙カ銀行ヨリ交付シタルモノニ係リ之ニ押捺セル会社ノ印章カ当該銀行ニ届出アルモノト同一ニシテ且ツ取締偽造小切手と銀行の免責約款

役署名印影モツノ真実ノモノト類似セルモノナルトキ殊ニ該小切手ノ持參人カ受取人ノ雇人ニシテ從來小切手受領ニ付受取人ノ為當該銀行ニ出入セルモノニシテソノ小切手ノ真偽容易ニ判明シ得サルモノナルトキハソノ支払ニ付銀行ニ於テソノ責ニ任ゼザル商慣習一般ニ存在スルモノトス」(東京控判大一五・一一・一二新聞二六五四号一二評論一六卷商一八〇)。

上記の判決は、近時にいたるまで裁判上も広い支持をえている。なかでも昭和二十五年四月十一日の東京地裁の判決によれば「一般に手形取引契約書を差入れて銀行と手形取引をする場合には、手形の振出人が壇に他人の振出名義を冒用し偽造の印を押捺して手形を振出した場合でも、その印影が手形取引契約書に押捺の印影と類似し肉眼をもつて容易にその相違を覚知することができず本人振出のものと認めて取引をしたことについて過失がないときは銀行においてその取引を有効とすることができざる旨の商慣習の存在を認めることができる。若し然らずとせば銀行取引の安全と迅速は到底期待することができなくなるとらである」(下級民集一卷四号五三六頁)として、銀行取引の迅速と安全性とを考慮して商慣習の認定を試みていることは注目すべきである。

(註①) 「銀行カ小切手ノ真偽ニ付強ヒテ疑ヲ容レス之カ支払ニ応スヘキハ寧口当然ニシテ何等咎ムヘキ過失アルコトナシ然ルニ斯ノ如キ場合ニ在リテモ猶銀行ハ小切手ノ真偽ヲ調査探究シ其真正ナルコトヲ確ムルニアラザレハ有効ナル弁済ハ之ヲ為スコト能ハストセンカ取引ノ安全ハ到底所期シ得ラレサルカ故ニ前叙ノ如キ商慣習ノ普ク存在することは之を是認スルニ余アリト謂フヘシ」(東京控判大一五・一一・一二新聞二六五四号一二評論一六卷商一八〇)

このように届出印影とよく似た印影がでてきたときに支払銀行が真正のものと誤認し、しかもそれが相当の注意をもって判別できない程度のものであるときは銀行取引の実際上その損失は、振出名義人の負担となることが商慣習として形成されてきたのである。しかも、さらに昭和三十年九月三十日の東京高裁の判決によれば「銀行取引における小切手の支払は短時間の間に数多くの小切手についてなされる取引の実情と、これを敏速になさなければならぬ取

引の要請とを合わせて考えるときは、このよう、な商慣習は公の秩序に反しないものというべきである。」として商慣習の公序性を確認するばかりか、このような慣習の存在する場合、取引をおこなう者は、とくに反対の意思を表示しない限り、このような慣習による意思を有するものと推定し、被控訴人はかかる商慣習に従う意思をもって控訴銀行と当座預金契約を締結したと認定しても妨げないとしている（判例時報六五号二〇頁、同趣旨東京地判大ニ・七・四新聞八八〇号二四最近判一二卷二一六）。

およそ一般に印鑑偽造の場合には、原則として被偽造者は責任を負わず、外觀理論も被偽造者に帰責原因がない限り、及ぶことができないのであるが、一旦取引の相手方に銀行という金融資本が介在する銀行取引のさいには、その取引の集団性、迅速性、安全性という経済的要請の視野から、有価証券の大原則が修正されてくる。その意味において振出人責任論の商慣習的位置づけは、有価証券理論の経済的需要への譲歩として捉えることができよう。

#### 四 振出人責任論と免責約款の設定

一 商慣習と免責約款との関連性、判例認定の商慣習が存在する限り、この免責約款の明示は当然の事理の表現ともいうべきもので、あまり実益がない。従ってこの約款は、かかる商慣習が事実的に認められない場合に、始めて意義を有することになる。しかし商慣習そのものの証明が困難であるために、あるいは企業の集団取引に、より一層の安定化乃至は確実化をもたしめるために、実際上は明示された約款の姿が、重要な意義を有していることも、みのがしてはならない。そこで問題となるのは、これらの商慣習と免責約款との関連づけであるが、この両者は、まず別個の法領域に属するものとみるべきであろう。すなわち商慣習一般が、当事者の一方的意思によって成立するものではなく、普遍的な事実の存在を前提としているのに対して、約款は契約当事者とりわけ当事者の一方的である独占企業

の意思によつて、相手方の如何を問はず設定されるものに外ならない。しかし、この兩者間には、米谷教授が鋭く指摘されているように、きわめて親近性があることを注意しなければならない。すなわち多くの企業約款は、発生的にすでに合理性をもつ商慣習を吸収醇化し、これを制定したものがすくなくないからである。判例でも「為替約定証書第五条（為替取引に用ゆる手形用紙見本印鑑及電信為替用暗号は予め取換置き小切手為替手形電信為替の仕向を受けたる時は印鑑或は暗号に照合して支払を為すべし）第七条（手形用紙合影又は電信暗号を盗用せられ若くは役員が其職務外私かに手形を振出し、又は電信為替を取組したるときは第五条に依り其支払を為したる場合に於ては之に因りて生じたる損害は凡て盗用若くは使用せられたる銀行の負担たるべし）ノ如キハ銀行業者一般ニ取扱ハレ居ル文面ニシテ該文面ナクトモ余程以前ヨリ慣習トシテ行ハレタル事実ナルカ後疑義ヲ避クルノ目的ニテ明記スルニ至リタリ……」、としているのはこの辺の事情を示めずものである。（東京地判大ニ・七・四新聞八八〇号二四最近判一二卷二一六）しかも、これら商慣習と約款とは、ともに資本主義社会における法典の固定化を補い、経済人の合理主義的発現として受取ることができる。本稿が問題としてきた偽造小切手に関する振出人責任論の商慣習あるいは約款も、この意味において充分その意義を理解することができる。

（註①）銀行取引の實際の面においても、他の商取引とおなじく商慣習または商慣習法の形成が可成り顕著な発達を示めしている。小切手に関する繰引、支払保証の制度は、銀行取引における商慣習が小切手法に成文化されたその最も典型的な例である。（東京地判大ニ三・一一・五新報二三号一六評論一三卷民一〇〇九）戦後も判例により商慣習が次第に確立されつつあるが、とくにめを惹くものとして「一般に銀行は銀行以外の一般私人から自己と当座取引のある顧客が振出した手形小切手の支払力について照会を受けても、これに応じない慣例がある」（東京地裁昭三一・一〇・九下級民集七卷八七一頁）として銀行の顧客に対する秘密保持の義務を商慣習的に確認していることは注目し値する。

二 免責約款有効性の限界つきに實際的な解決を企図したかかる免責約款が、どの範囲まで許されるか、つまり有効性の限界が問題となる。大橋教授はこの点に關してつぎのように指摘されている。すなわち「免責の特約は契約自由により有効である。たゞその効力の限界については故意又は重過失までも免責するものでないことを注意せねばならぬ。如何なる場合でも、無条件に振出人が責任を負ふというが如き特約は良俗違反にして無効である。特約によって免れ得るのは普通一般の免責約款に於ても然るが如く輕過失による責任のみである。故に例えば銀行が偽造小切手なることを知り若くは重過失によって知らずして支払ったときは、たとえ前記の特約があつてもその責を免れない。」（前掲著一三四頁引用。ドイツの銀行取引約款でも「小切手、小切用紙の濫用偽造および變造の結果および損害はすべて取引先が負担する。銀行は過失が証明された場合につき且つその過失が他の原因に比較し損害の發生に協力した限度においてのみ責任を負う」と定め絶対的に支払人の責任を免除するような特約は良俗違反として無効とされる。小橋一郎「偽造小切手の支払」（ジュリスト一七六号七七頁）

判例においても、偽造變造小切手の支払による損失は、振出人が負担すべきものとする約款は、悪意による支払の場合には適用がない旨を明示している（東京控判昭一二・一〇・二九新聞四二二五号一三頁）。従つて如何に支払銀行が振出人に責任を転嫁する趣旨の免責約款があるときといえども、その支払銀行に悪意なり重過失がある場合には免責されるものではない。その根拠を直接的には手形法四〇条三項に、間接的には商法七三九条に求めたい。

（註①）商法七三九条の解釈より、免責約款が許容されるのは、般員その他の使用人の輕過失についてのみである。本条は強行規定であり、これに違反する免責約款は無効となる。偽造小切手支払の免責約款も同様に解すべきであらう。尤も銀行約款のなかの免責条項の一つが無効であるときにも、他の約款の部分には影響を及ぼさないものと解する。

三 支払銀行の払うべき注意義務の範囲、手形關係の存在する直接の目的は、支払にある。従つて支払銀行に重過失が偽造小切手と銀行の免責約款

あつたか、それとも輕過失があつたかは、きわめて重要な問題を構成する。ここでは支払銀行の払うべき注意義務の範圍について若干考察してみたい。まず銀行は、他人の委任にもついて、小切手金額支払の事務を担当するものであるから、民法六四四条からくる「善良なる管理者の注意義務」（これは一定の職業人としての通常の注意能力を有する者が当該の場合の事情に応じて当然なすべきであると考えられている程度の注意である。）を負うものといわなければならない。判例でも小切手契約について委任であることを明示している。すなわち「右小切手契約ハ控訴人主張ノ如ク右振出人ト支払人トノ間ニ於ケル所持人ノ為メニスル所謂第三者ノ為メノ契約ニ非ズシテ振出人ヨリ支払銀行ニ対スル小切手ノ支払ニ関スル事務ノ委託ヲ目的トスル一ノ委任契約ニ外ナラズ。從テ支払銀行ハ所持人ニ対シ当然之ガ支払保証ヲ為シ若クハ其支払ヲ為サザルベカラザル義務ヲ負担スルモノト解スヘキニ非ス」（東京控判昭五・一二・一六新聞三二三号一四頁）としている。学説でも小切手契約を、振出人が振出した小切手について支払うことを、支払人に委任する委任契約であると解するのが通説である（なかには第三者のための契約説、代理權授与契約説などもある。大橋前掲六三頁）。そこで振出人責任論を基礎づけるような免責約款なり商慣習があるときでも、支払銀行の側に相當の注意義務がかさされていることを注意しなければならない。

(註1) 「当座預金契約第七条ニ依レハ小切手ニ用フル筆蹟ト印鑑トヲ株式会社第百銀行ニ差出シ置クヘシ株式会社第百銀行ハ右印鑑ニ照シ總テ小切手持参人ニ支払フベシトアリ単ニ印鑑ニ照シトアリテ筆蹟ニ照シトナキモ既ニ筆蹟ヲ差出サシムル以上ハ同条ノ起旨ハ筆蹟ニ付テモ対照ヲ為スコトヲ要スルノ義ト解釈セザルベカラズ而テ乙第三号証第八条及第七条ヲ綜合シテ考案スルニ控訴人カ被控訴人振出名義ノ小切手金額ヲ支払ニ當リ該小切手ノ署名及印影ト予テ被控訴人ヨリ受取の置キタル同人ノ署名及印鑑トヲ対照シ銀行業者トシテ相當ノ注意ヲ用イテ右小切手ノ署名及印影カ被控訴人ノ署名及印影ナルコトノ確信ヲ得タル後小切手金額ノ支払ヲ為シタルトキハ仮令該小切手カ被控訴人ノ竊取セラレタル小切手用紙ヲ以テ偽造セラレタ



ルモノナリトスルモノ之ニ因リテ生ジタル損害ハ被控訴人ニ対シ該小切手金額ヲ支払上タルト同一ノ効果ヲ生スル旨ノ特約カ  
当事者間ニ成立シタルモノト認ムルヲ妥当トス從テ控訴人カ此特約ニ依ラント欲セハ必ズル被控訴人振出名義ノ小切手金額  
ヲ支払フニ當リ該小切手ノ署名及印影ガ被控訴人ノ署名及印影ナルコトヲ確認スルニ付銀行業者トシテノ相当ノ注意ヲ為サ  
ザルヘカラズ故ニ嘯モ控訴人カ銀行業者トシテノ相当ノ注意ヲ為サザルニ於テハ仮令右小切手ノ署名及印影ヲ被控訴人ノ署  
名及印影ナリト認メ小切手金額ヲ支払ヒタリトスルモ前掲ノ特約ニ依ルコトヲ得サルヲ以テ控訴人ハ右ノ如キ偽造小切手ニ  
対シテ支払ヒタル金額ヲ更ニ被控訴人ニ対シテ支払フノ義務アルモノト云ハザルベカラズ」(傍点筆者、東京控判大五・一  
二・二八判例二卷民二五〇)

しかも、この注意義務は、普通人としての注意義務ではなく、銀行員としての業務上の注意義務であると解する。  
問題となるのは、印鑑照合に関する注意義務の場合である。すなわち銀行業者は、手形に押捺された印章のみを重視  
して、当座取引の支払をなすことを通常とするからである。係員は、まず小切手の支払に際し、届出印鑑と小切手用  
紙に押捺された印鑑を照合すべきであるが、判例ではこの点について、その印影が手形取引契約書に押捺されている  
印影と類似し、肉眼をもって容易に真偽を判別できない場合には、その支払につき過失を認定していないことを注意  
すべきである。たとえば昭和二十五年の東京地裁の判決では「本件各手形の振出人名下に押してある印影は特別の技  
術を有する者が機械力によってこれを拡大し科学的方法による調査の結果、手形取引契約書に押捺してある印影と相  
違していることが漸く判明できるもので、肉眼によっては両者の相違を容易に覚知し得ない程度に酷似し」ているとき  
は無過失を認定している(東京地判昭二五・四・一一下級民集一卷四号五三六頁)。従つて容易に肉眼によつてその相違を  
判別できるにもかかわらず、これを怠りたるときは支払人の過失となるが、そのほかにコンラードによれば、支払人  
の過失とされる場合をあげている。すなわち

(一) 振出人が過失なくして小切手を喪失したる場合にその旨を支払人に通知したるにかかわらず、支払人が偽造小切手を支払いたるとき

(二) 用紙も署名も、ともに偽造にかかる小切手を支払いたるとき

このコンラードの見解は、支払人のなすべき注意義務の範囲を示めずものとして考慮に値するが (Conrad W., Handbuch des deutschen Scheckrechts. s.245)、最近の福岡高裁の判決によれば、銀行のなすべき相当の注意として具体的に下記の諸点を指摘している。すなわち(1)小切手用紙の真偽(2)小切手番号(但し小切手番号を調査しなかったことをもって、係員の過失となすことができないとする判例がある。東京高判昭三〇・九・一二)(3)金額改ざん(4)振出年月日などの記載事項に関する異常の有無(5)盗難届紛失届の有無などの諸点をあげている。この判例は、コンラードの見解とともに、支払人のなすべき義務の範囲を具体的に明確にしている点において、めを惹くものがある。このようにみれば支払人には、たとえ免責約款があるときといえども、印鑑照合のほかに相当の注意義務を遂行しない限り免責されないこととなる。すくなくとも、支払人側で、振出人責任論を一方的に解決している段階にあっては、この注意義務の範囲の拡大化は、きわめて至当のことといえよう。

(註1) 「本件偽造小切手が支払われた状況について考えるに、控訴銀行大波止支店係員は本件偽造小切手の支払をなすに当り通常同支店においてとっている順序方法に従い持参人の呈示した該小切手について先ず受付係が金額、記載振出人の記名、捺印及び裏書の点を改め控訴銀行の発行した小切手用紙であるかを確かめた上当座係に廻付し、当座係が同支店備付の当座勘定元帳に基づき預金残高の有無と小切手番号とを調査し次いで印鑑簿により小切手の印影と予て被控訴人届出の印鑑とを対照したところ、小切手用紙も同支店発行のものであり、小切手番号も、同支店が被控訴人に交付した小切手帳のそれであって、番号の重複はなく、又小切手の印影も予て被控訴人届出にかかる印鑑と相違ないと認められ、しかも被控訴人から紛

失届も提出されていなかったため、該小切手が何人かにより被控訴人保管の小切手用紙及び印鑑を盗用して、偽造されたものに気付かず、直正に振出されたものと認めて、小切手金の支払をしたものであることを認めるに足りる。してみれば、控訴銀行大波止支店は本件偽造小切手の支払をなすに当り、銀行業者としてなすべき注意義務を尽したものと認めるのが相当である」(福岡高判昭三三・三・二九下級民集九卷五四五頁)

## 五　む　す　び

以上、偽造小切手の支払に関する責任帰属の問題をとり上げてきたが、これは理論的には非常に複雑かつ困難な問題を潜めているのであり、その法的解釈も岐を一にしない。しかし銀行取引の実際の面では、商慣習なり約款の設定によって、支払人の責任を振出人に転嫁しているのが常態である。しかし、これらの商慣習なり約款の設定は、振出人の犠牲において、銀行取引の経済的需要を考慮して認定されたものであるから、その適用については相当の慎重を期さなければならない。従って銀行の払うべき注意義務の範囲に関して、次第にその枠を拡げつつあることは、この意味において理解することができよう。また、これらの約款を解釈するにあたっては、支払人の利益を偏重することのないように注意すべきであり、不当な類推解釈の回避されるべきことは、約款理論当然の帰結である。